

## Conceito e natureza jurídica

Direitos reais de garantia são direitos reais sobre coisas alheias que asseguram o adimplemento de obrigação principal.

Segundo Pontes de Miranda:

O direito real de garantia tem dupla função: determina qual o bem destinado à solução da dívida, antes de outros bens; e pré-exclui, até que se solva a dívida, o valor dele, de outras dívidas.

Há, portanto, duas relações distintas: uma, de natureza pessoal, que consiste na obrigação garantida; outra, de natureza real, que se traduz na vinculação de determinado bem ao adimplemento da obrigação garantida. Por isso, alguns autores defendem que os direitos reais de garantia são mistos: coexistem com uma relação pessoal sem a qual não têm razão de ser.

## Constituição

Os direitos reais de garantia são constituídos através de contrato, que pode ser celebrado entre as partes que integram a obrigação principal ou também por terceiro, que garante dívida alheia com bem próprio. Importante mencionar que, em se tratando de garantia instituída sobre bem imóvel (hipoteca), será necessário o registro no RGI em que estiver matriculado o bem. No caso do penhor, em que o objeto é bem móvel, o contrato deverá ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos.

Proibição da cláusula comissória: o art. 1.428, CC, impõe nulidade absoluta à cláusula que autoriza o credor hipotecário, pignoratício e anticrético a ficar com o bem quando houve inadimplemento do devedor. A vedação da cláusula comissória não exclui, porém, a possibilidade de ser realizada dação em pagamento.

## Características

- Sequela (art. 1.419, CC).
- Indivisibilidade (art. 1.421, CC).
- Possibilidade de excussão (art. 1.422, primeira parte, CC). Os bens dados em penhor e em hipoteca serão penhorados e alienados em hasta pública. A alienação somente pode ser judicial, sendo vedada a venda extrajudicial do bem (proteção ao patrimônio do devedor), à exceção das hipotecas realizadas no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação e das hipóteses em que, no próprio contrato de penhor, a venda amigável é permitida. O interesse de agir para a excussão ocorre com o vencimento do contrato, lembrando que o art. 1.425, CC, traz situações de vencimento antecipado da obrigação.

- Prelação (art. 1.422, segunda parte, CC). Importante referir que a preferência dos direitos reais de garantia não se sobrepõe a determinados privilégios legais sempre que a lei assim determinar (art. 1.422, p. único, CC). É o caso, por exemplo, da preferência dos créditos fiscais na falência.

## Espécies

Dependendo do tipo de garantia solicitada, podemos ter:

### Penhor

O penhor ocorre quando o devedor (ou ainda um terceiro) transfere ao credor a posse direta de **bem móvel** suscetível de alienação como forma de garantir o pagamento de seu débito. Até o pagamento da obrigação, o bem fica em mãos do credor, ou seja, há a transferência de bem móvel ao credor (transferência da posse) que haverá de durar até o adimplemento do débito.

O instituto está regulamentado nos artigos 1.431 a 1.472 do CC. Sobre os direitos e deveres do credor pignoratício, segue a leitura dos artigos que tratam do tema:

**Art. 1.433.** O credor pignoratício tem direito:

I - à posse da coisa empenhada;

II - à retenção dela, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua;

III - ao ressarcimento do prejuízo que houver sofrido por vício da coisa empenhada;

IV - a promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o contrato, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração;

V - a apropriar-se dos frutos da coisa empenhada que se encontra em seu poder;

VI - a promover a venda antecipada, mediante prévia autorização judicial, sempre que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, devendo o preço ser depositado. O dono da coisa empenhada pode impedir a venda antecipada, substituindo-a, ou oferecendo outra garantia real idônea.

**Art. 1.434.** O credor não pode ser constrangido a devolver a coisa empenhada, ou uma parte dela, antes de ser integralmente pago, podendo o juiz, a requerimento do proprietário, determinar que seja vendida apenas uma das coisas, ou parte da coisa empenhada, suficiente para o pagamento do credor.

**Art. 1.435.** O credor pignoratício é obrigado:

I - à custódia da coisa, como depositário, e a ressarcir ao dono a perda ou deterioração de que for culpado, podendo ser compensada na dívida, até a concorrente quantia, a importância da responsabilidade;

II - à defesa da posse da coisa empenhada e a dar ciência, ao dono dela, das circunstâncias que tornarem necessário o exercício de ação possessória;

III - a imputar o valor dos frutos, de que se apropriar (art. 1.433, inciso V) nas despesas de guarda e conservação, nos juros e no capital da obrigação garantida, sucessivamente;

IV - a restituí-la, com os respectivos frutos e acessões, uma vez paga a dívida;

V - a entregar o que sobeje do preço, quando a dívida for paga, no caso do inciso IV do art. 1.433.

Por fim, importante pontuar que existem seis tipos de penhor aceitos pela doutrina: penhor comum ou civil, penhor rural (agrícola e pecuário), penhor de direitos e títulos de créditos, penhor de veículos, penhor legal e penhor industrial e mercantil.

## Hipoteca

A hipoteca se configura quando se grava um **bem imóvel** (ou outro bem que lei considere como hipotecável, como navios e aeronaves) pertencente ao devedor ou a um terceiro, **sem transmissão da posse ao credor** (na hipoteca, não há tradição). Se o devedor não paga a dívida no seu vencimento, fica o credor habilitado a exercer o direito de excussão (solicitar a venda judicial do bem). Isso ocorre para que seu crédito seja pago com o dinheiro obtido na venda do bem hipotecado. O instituto está regulamentado nos artigos 1.476 a 1.505 do CC.

O referido instituto pode sobrevir sub-hipoteca; dessa forma, é lícito que um imóvel já hipotecado receba outra hipoteca para o mesmo credor ou para outra pessoa através de novo contrato. Isso, porém, se o valor do bem hipotecado for maior que as dívidas que garante. Como exemplo, uma casa que vale R\$300.000,00 pode sofrer quatro hipotecas de R\$70.000,00. Entretanto, se ocorrer inadimplemento, primeiramente será atendida a primeira hipoteca, depois a segunda, etc. Tal definição está expressa no art. 1.493.

O Código Civil estabelece as hipóteses para hipoteca legal:

**Art. 1.489.** A lei confere hipoteca:

I - às pessoas de direito público interno (art. 41) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas;

II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;

III - ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais;

IV - ao co-herdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente;

V - ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do preço da arrematação.

Ademais, a hipoteca exige publicidade, já que possui efeito *erga omnes* e trata, normalmente, de bens com alto valor monetário.

## Anticrese

A anticrese caracteriza-se quando o devedor transfere ao credor a **posse de bem imóvel**, para que este se aproveite dos **frutos e rendimentos do imóvel**, até o montante da dívida a ser paga. O instituto está regulamentado no art. 1.506 a 1.510 do CC.

Interessante notar que o bem imóvel em que está recaída a anticrese poderá ser hipotecado para o credor anticrético ou mesmo para terceiros. É o que está estabelecido no segundo parágrafo do art. 1.506:

### Art. 1.506.

§ 2º Quando a anticrese recair sobre bem imóvel, este poderá ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético, ou a terceiros, assim como o imóvel hipotecado poderá ser dado em anticrese.